

University of Groningen

De Wet bevordering mediation en het bestuursrecht

de Graaf, K.J.; Marseille, A.T.; Tolsma, H.D.

Published in:
Nederlands Juristenblad

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2016

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

de Graaf, K. J., Marseille, A. T., & Tolsma, H. D. (2016). De Wet bevordering mediation en het bestuursrecht. *Nederlands Juristenblad*, 2016(38), 2837-2840. [1945].

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

De Wet bevordering mediation en het bestuursrecht

Ook symboolwetgeving verdient de nodige zorg

Kars de Graaf, Bert Marseille & Hanna Tolsma¹

Drie jaar geleden kwam het toenmalige Tweede Kamerlid Van der Steur met een initiatiefwetsvoorstel dat onder meer beoogde conflictoplossing in het bestuursrecht te stimuleren. Dat voorstel is ingetrokken toen hij minister werd. In juli 2016 heeft de regering, voortbouwend op het voorstel van Van der Steur, de Wet bevordering mediation in consultatie gebracht. Een voorstel dat opvallend slordig is geredigeerd en dat tal van inconsistenties bevat.

De afgelopen jaren zijn er allerlei pogingen ondernomen om de effectiviteit van bezwaar- en beroepsprocedures als instrument ter oplossing van conflicten tussen overheid en burger te vergroten. In bezwaar kennen we de 'Informeel aanpak',² in beroep de 'Nieuwe zaaksbehandeling'.³ Kern van beide is dat, voordat de vraag naar de juistheid van het bestreden besluit aan de orde is, met partijen wordt besproken of hun conflict verder strekt dan dat besluit en zo ja, wat er nodig is om het op te lossen en in hoeverre bestuur of rechter daaraan kan bijdragen. Zowel de Informeel aanpak als de Nieuwe zaaksbehandeling vindt plaats binnen de kaders van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).

Behalve voor bezwaar en beroep is er ook aandacht voor procedures van besluitvorming die daaraan vooraf-

gaan. Kunnen die zo worden ingericht dat ze zo weinig mogelijk tot bezwaar en beroep leiden? Voorkomen is immers beter dan genezen. Het toverwoord is hier communicatie.⁴ Bestuursorganen proberen – in de wetenschap dat bezwaar soms berust op een misverstand over de inhoud van een besluit of op ongefundeerd optimisme over de kans dat het kan worden aangepast – door uitleg over het voorgenomen besluit, te voorkomen dat daartegen bezwaar of beroep wordt ingesteld. Ook dit vindt plaats binnen de kaders van de Awb.

Drie jaar geleden kwam het toenmalige Tweede Kamerlid Van der Steur met een initiatiefwetsvoorstel dat onder meer beoogde conflictoplossing in het bestuursrecht te stimuleren.⁵ Dat voorstel is ingetrokken toen Van der Steur minister werd. De regering kondigde

Auteurs

1. Prof. mr. dr. K.J. de Graaf, prof. mr. dr. A.T. Marseille en mr. dr. H.D. Tolsma zijn werkzaam bij de vakgroep Staatsrecht, Bestuursrecht en Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen.

Noten

2. M. Herweijer & L.J.R. Lunsing, *Hoe beleven burgers de bezwaarprocedure?*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2011; *Professioneel behandelen van bezwaarschriften*, Den

Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, zie: <http://prettig-contactmetdeoverheid.nl/bibliotheek/549>.

3. Zie voor een recent overzicht H.B. van Soest-Bosch, 'De Nieuwe Zaaksbehandeling, waar staan we nu?', *JBplus* 2016, p. 96-108.

4. *Professioneel behandelen van bezwaarschriften*, p. 34-41.

5. Het ontwerp bouwt voort op het initiatief-wetsvoorstel dat het toenmalige Tweede Kamerlid Van der Steur in 2013 indiende. Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33727. Zie

daarover onder meer D. Allewijn, 'Prettig contact bij de mediator. Beschouwingen over het conflicthanteringspalet en de plaats van mediation daarin', in: A.T. Marseille & L. van der Velden, *Vertrouwen verdient. Verdient vertrouwen*, Den Haag, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2014, p. 16-28; Rens Koenraad, 'Ruimte voor mediation', *NJB* 2014/523, afl. 10, p. 651-652; R.J.N. Schlössels, 'Juridisering van informaliteit', *Gst.* 2104/18; A.G. Wennekes, 'Alternatieve geschillenbeslechting in het bestuurs-

recht', *Gst.* 2014/27. Omdat het ontwerp dicht bij dat van Van der Steur uit 2013 blijft, blijft de tekst van deze bijdrage hier en daar ook dicht bij wat een van ons daarover eerder publiceerde; zie: A.T. Marseille, 'Het voorstel voor de wet bevordering mediation in het bestuursrecht kan nog wel wat denkwerk gebruiken', *JBplus* 2014, p. 194-200. Voorts zij vermeld dat deze bijdrage voortbouwt op de bijdrage van de drie auteurs aan de internetconsultatie. Zie www.internetconsultatie.nl/wetmediation.

vervolgens aan met een wetsvoorstel van gelijke strekking te zullen komen. In juli 2016 heeft de regering, voortbouwend op het voorstel van Van der Steur, de Wet bevordering mediation in consultatie gebracht. In hoe-

Het in consultatie gebrachte voorstel bevat niets wat bestuur en rechter niet al mochten, en maar weinig waar ze niet reeds toe verplicht waren

verre kunnen de daarin voorgestelde wijzigingen van de Awb er toe leiden dat bezwaar- en beroepsprocedures in het bestuursrecht vaker dan nu het geval is tot een voor partijen acceptabele uitkomst leiden, of – beter nog – worden voorkomen?

Het voorstel

Artikel 32 van het in consultatie gebrachte voorstel bevat een aantal aan de Awb toe te voegen bepalingen. Die beogen te voorkomen dat besluitvorming tot conflicten leidt en vormen tevens een aanmoediging voor het bestuur en de rechter om in bezwaar- en beroepsprocedures verder te kijken dan naar de rechtmatigheid van het bestreden besluit. Aan bestuur en rechter wordt daartoe een aantal bevoegdheden verschaft en worden verplichtingen opgelegd. Die kunnen als volgt schematisch in beeld worden gebracht.

Het eerste wat opvalt als de verschillende verplichtingen en bevoegdheden naast elkaar worden geplaatst, is de inconsistentie van het geheel.

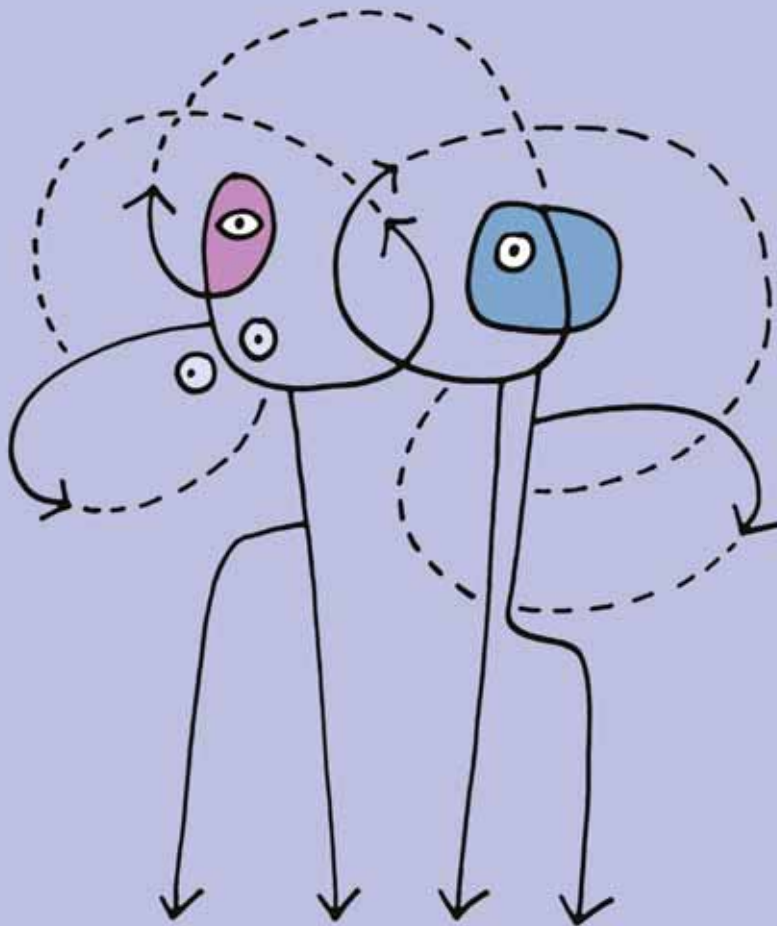
De inconsistentie betreft in de eerste plaats de *verplichtingen*. Bij de voorbereiding van het besluit moet het bestuur zich 'inspannen' om 'geschillen te voorkomen'

door 'vroegtijdige' en 'actieve' communicatie. In bezwaar moet het bestuur 'bevorderen' dat sprake is van 'goede' communicatie met de indiener. In beroep moet de rechter 'onderzoeken' of een 'rechtmatige minnelijke oplossing' mogelijk is. Wat is het verschil tussen een 'actieve' en 'vroegtijdige' communicatie (bij de voorbereiding van een besluit) en een 'goede' communicatie (in bezwaar)? Waarom richt de verplichting van het bestuur in bezwaar zich alleen tot de 'indiener' en in beroep tot 'partijen'? En wat is – om af te sluiten met de meest verbazingwekkende inconsistentie – de reden dat het bestuur in bezwaar niet verplicht is te onderzoeken of een 'rechtmatige minnelijke oplossing' mogelijk is, en de rechter in beroep wel? Onderzoeken of zo'n oplossing mogelijk is, is toch de kern van het behandelen van bezwaren?⁶

Dan de *bevoegdheden*. Het voorstel noemt wel dat bestuur en rechter tijdens de bezwaar- respectievelijk beroepsprocedure mediation kunnen aanbieden, maar niet dat het bestuur dat ook bij de voorbereiding van een besluit kan doen. Waarom niet? Ook bij de voorbereiding van een besluit kan sprake zijn van een conflict tussen het bestuur en een of meer burgers. Mediation kan bijdragen aan de oplossing daarvan en kan zodoende leiden tot een besluit waar geen bezwaar of beroep tegen wordt ingesteld. Daarnaast valt op dat de rechter een mediationaanbod kan doen als 'hem dit gelet op de aard van het geschil geraden voorkomt', maar dat dit criterium bij de bevoegdheid van het bestuur in bezwaar ontbreekt. Zit daar een gedachte achter? Dat kan bijna niet anders, zij het dat het niet blijkt uit de toelichting op het wetsvoorstel. Hoe dan ook, voor de toepassing van de bevoegdheid maakt het geen verschil, want ongeacht de toevoeging zal een aanbod alleen worden gedaan als het bestuur of de rechter dat, gelet op de aard van het geschil, geraden voorkomt.

Naast het feit dat het in consultatie gebrachte voorstel is behept met een aantal onverklaarbare inconsistenties, valt op dat het niets bevat wat bestuur en rechter niet al mochten, en maar weinig waar ze niet reeds toe verplicht waren. De bevoegdheid om partijen in de gelegenheid te stellen aan mediation deel te nemen, bezitten bestuur en rechter ook nu al. De verplichting van het bestuur zich in te spannen geschillen te voorkomen en om, mocht het toch tot een geschil komen, op een goede manier met de bezwaarmaker te communiceren (en trouw-

	Besluitvorming	Bezwaar	Beroep
<i>Verplichtingen</i>	(Art. 2:4a lid 1 Awb) Het bestuursorgaan spant zich in geschillen te voorkomen door: – vroegtijdige communicatie – actieve communicatie	(Art. 7:1b lid 1 Awb) Het bestuursorgaan bevordert: – een goede communicatie met de indiener van het bezwaarschrift	(Art. 8:41a lid 1 Awb) De bestuursrechter onderzoekt: – de mogelijkheid van een rechtmatige minnelijke oplossing
<i>Bevoegdheden</i>		(Art. 7:3a lid 2 Awb) Het bestuursorgaan kan belanghebbenden: – in de gelegenheid stellen om deel te nemen aan mediation	(Art. 8:41a lid 2 Awb) De bestuursrechter kan partijen: – in de gelegenheid stellen om deel te nemen aan mediation, indien hem dit gelet op de aard van het geschil geraden voorkomt



© dieKleinert / Alamy

wens ook de in het wetsvoorstel ontbrekende verplichting te onderzoeken of een minnelijke oplossing mogelijk is), kan ook al uit artikel 3:2 Awb worden afgeleid.⁷

Voor het nieuwe artikel 8:41a Awb, dat de rechter verplicht te onderzoeken of een rechtmatige minnelijke oplossing mogelijk is, ligt dat anders. Dat gaat verder dan het huidige (en tot artikel 8:41b te vernummeren) artikel 8:41a Awb, dat de rechter opdraagt het geschil zo veel mogelijk definitief te beslechten. Het gaat bovendien verder dan het civiele procesrecht, waar slechts sprake is van een bevoegdheid van de rechter, neergelegd in artikel 87 Rv, een comparitie te gelasten om een schikking te beproeven. Het wetsvoorstel voorziet op dit punt niet in een wijziging van artikel 87 Rv. Wordt het voorstel wet, dan ontstaat er een aanzienlijk verschil tussen de positie van de civiele rechter en de bestuursrechter. De civiele rechter staat het vrij te zoeken naar een schikking, de bestuursrechter is verplicht een rechtmatige minnelijke oplossing te onderzoeken.

Waardering

Als het voorstel wet wordt, zal dan het aantal conflicten tussen overheid en burger verminderen en een groter deel van de conflicten naar bevrediging worden opgelost? Dat zou kunnen, maar alleen als de aan de Awb toe te voegen bepalingen er toe leiden dat bestuur en rechter iets gaan doen wat ze zonder die bepalingen hadden nagelaten. Hoe groot is die kans?

Van de bevoegdheid om mediation aan te bieden valt niet heel veel te verwachten. In het afgelopen decennium was te zien dat mediation van grote waarde kan zijn, maar in veel gevallen een te zwaar middel is ter oplossing van conflicten tussen overheid en burger.⁸ Informeel contact met de bezwaarmaker, direct nadat bezwaar is gemaakt, biedt in veel gevallen soelaas.⁹ Het is onbekend of sprake is van onderbenutting van mediation in het kader van het behandelen van bezwaren. Mocht dat al het geval zijn, dan is het de vraag of het enkele feit dat de wet straks vermeldt dat het bestuur iets is toegestaan

6. MvT, PG Awb I, p. 329. Zie voorts M. Scheltema, 'Inleiding', in: Marseille & Van der Velden 2014.

7. H.D. Tolsma, *Bemiddelend bestuur* (diss. Groningen), Den Haag: BJu 2008.

8. Uit een onder auspiciën van onder meer de VNG uitgevoerd onderzoek (J. Slooijer,

De stand van mediation anno 2012/2013, http://mediatorsfederatienederland.nl/content/uploads/sites/2/2014/05/Stand_van_mediation_bij_gemeenten_anno_2012_2013.pdf) over het gebruik van mediation door gemeenten, komt naar voren dat de toepassing van daarvan uiterst

beperkt is (zie p. 7 van het onderzoeksrapport). Zie ook reeds: K.J. de Graaf, M. Herweijer & A.T. Marseille, *Mediation in bezwaar; evaluatie mediationproject Provincie Overijssel*, Groningen: Vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde 2003.

9. L. van der Velden, C. Koetsenruijter & M.

Euwema, *Prettig contact met de overheid 2, Eindrapportage pionierstraject mediationvaardigheden; resultaten, analyses & aanbevelingen*, Den Haag, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2010.

wat het nu ook al mag, er aan bijdraagt dat aan die onderbenutting een eind komt.

Voor wat de verplichtingen betreft valt op dat die van het bestuur een stuk vrijblijvender zijn dan die van de rechter. Het bestuur wordt opgedragen 'vroegtijdig', 'goed' en 'actief' te communiceren, de rechter om te onderzoeken of een rechtmatige minnelijke oplossing mogelijk is. Sinds de Nieuwe zaaksbehandeling in de bestuursrecht-spraak haar intrede heeft gedaan, geldt onderzoek door de

Het voorgestelde artikel 8:41a lid 1 Awb gaat echter ver. De daarin opgenomen verplichting zorgt voor een fundamentele verandering van de taak van de bestuursrechter

rechter naar een minnelijke oplossing als *best practice*. Uit onderzoek blijkt echter dat een ruime meerderheid van de bestuursrechters daar niet naar handelt. In minder dan een kwart van de zittingen onderzoekt de bestuursrechter of een rechtmatige minnelijke oplossing mogelijk is.¹⁰ De redenen waarom het niet gebeurt, verschillen. Sommige rechters vinden dat het niet hun taak is, andere maken per zaak een inschatting of zo'n exercitie zinvol is.¹¹ De resultaten van het onderzoek naar de Nieuwe zaaksbehandeling doen overigens vermoeden dat de bestuursrechter wel wat minder terughoudend mag zijn. In bijna de helft van de beroepszaken waar burgers met een gemachtigde procederen, vinden die dat het in de betreffende zaak om

meer gaat dan alleen om een juridisch geschil over de rechtmatigheid van het bestreden besluit.¹² Zo bezien kan de bestuursrechter nog wel enige aanmoediging gebruiken. Het voorgestelde artikel 8:41a lid 1 Awb gaat echter ver. De daarin opgenomen verplichting zorgt voor een fundamentele verandering van de taak van de bestuursrechter. Uit de toelichting op het voorstel blijkt niet dat de regering zich daar van bewust is.

Wat daar ook van zij, mocht de bestuursrechter gaan handelen naar wat de wetgever hem opdraagt, dan kan dat er toe leiden dat geschillen die bij die rechter terecht komen vaker in der minne worden geschikt. Mocht dat positieve effect zich voordoen, dan zullen bestuursrechters zich ongetwijfeld afvragen waarom die verplichting niet ook is opgelegd aan bestuursorganen die bezwaren behandelen. Het ligt dan ook meer voor de hand te beginnen bij het bestuur en voor de bezwaarprocedure te bepalen dat het bestuursorgaan de mogelijkheid van een minnelijke oplossing onderzoekt. Afhankelijk van wat dat oplevert en hoe de discussie over de taak van de bestuursrechter zich ontwikkelt, kan dan later alsnog worden beslist of het een goed idee is ook de bestuursrechter daartoe te verplichten.

Conclusie

Het in consultatie gebrachte wetsvoorstel om de Awb te wijzigen is opvallend slordig geredigeerd en bevat tal van inconsistenties. Op één punt gaat het niet ver genoeg (artikel 7:1b lid 1), op een ander punt juist te ver (artikel 8:41a lid 1). Of het veel effect zal genereren, is zeer de vraag, maar ook symboolwetgeving verdient de nodige zorg. Met een paar wijzigingen en herformuleringen, zoals weergegeven in onderstaand schema, zou al veel gewonnen zijn. •

¹⁰ A.T. Marseille e.a., *De praktijk van de Nieuwe zaaksbehandeling bij de bestuursrechter*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2015, <http://prettigcontactmetdeoverheid.nl/>

sites/default/files/documenten/BZK%20NZB%20Rapport%20pdf.pdf, p. 90-91.

¹¹ Marseille e.a. 2015, p. 43-48.

¹² Marseille e.a. 2015, p. 116-117.

	Besluitvorming	Bezwaar	Beroep
Verplichtingen	(Art. 2:4a lid 1 Awb) Het bestuursorgaan spant zich in geschillen te voorkomen door vroegtijdige en actieve communicatie.	(Art. 7:1b lid 1 Awb) Het bestuursorgaan onderzoekt de mogelijkheid van een minnelijke oplossing.	
Bevoegdheden			(Art. 8:41a lid 1 Awb) De bestuursrechter kan de mogelijkheid van een minnelijke oplossing onderzoeken.
	(Art. 2:4a lid 2 Awb) Het bestuursorgaan kan belanghebbenden in de gelegenheid stellen om deel te nemen aan mediation.	(Art. 7:3a lid 2 Awb) Het bestuursorgaan kan belanghebbenden in de gelegenheid stellen om deel te nemen aan mediation.	(Art. 8:41a lid 2 Awb) De bestuursrechter kan belanghebbenden in de gelegenheid stellen om deel te nemen aan mediation.